

L'ALEA E IL CONTRATTO ALEATORIO: DALLA NOZIONE DI RISCHIO ALLA COSTRUZIONE DELLA CATEGORIA (Seconda parte)*

di GUIDO BELLÌ



SOMMARIO: 4. La categoria e le sue configurazioni: la creazione dogmatica e la trattazione sistematica nell'opera di Pothier. I contratti aleatori come sottocategoria dei contratti onerosi, contrapposti ai contratti commutativi. – 5. La categoria nel codice civile francese: duplicazione definitoria e contratti aleatori *ex uno latere*. Critica alla sistemazione seguita dai compilatori. – 6. La tendenza della legislazione italiana preunitaria a riproporre lo schema classificatorio elaborato da Pothier. – 7. Le innovazioni del codice del 1865, sotto l'influenza dell'impostazione di Pothier. – 8. L'alea e il contratto aleatorio nel codice civile del 1942. – 9. L'attualità della categoria.

4. LA CATEGORIA E LE SUE CONFIGURAZIONI: LA CREAZIONE DOGMATICA E LA TRATTAZIONE SISTEMATICA NELL'OPERA DI POTHIER. I CONTRATTI ALEATORI COME SOTTOCATEGORIA DEI CONTRATTI ONEROSI, CONTRAPPOSTI AI CONTRATTI COMMUTATIVI

È soltanto in tempi relativamente più recenti che con la diffusione dei principi del liberismo economico i contratti aleatori trovano una compiuta elaborazione ed emergono come categoria autonoma, che confluirà poi nei codici di derivazione francese⁶⁰. Alla base vi è una nuova concezione del diritto, improntata su un'idea di libera esplicazione della cosiddetta signoria della volontà dei

privati in un libero mercato, capace di esercitare forti influenze nella vita pratica e nella dottrina del tempo, al punto da circoscrivere gli spazi che agli interventi di natura eteronoma erano stati concessi a seguito dell'affermazione dei dogmi della *iustitia commutativa*⁶¹.

L'impostazione tradizionale del negozio giuridico ne esce ridimensionata: mentre i precedenti stadi di civiltà non conoscevano ancora la categoria dei contratti aleatori nel senso moderno dell'espressione, ma soltanto le vicende dell'alea in singole figure come l'*emptio spei* e il *foenus nauticum*⁶², i giuristi medievali assistono alla nascita dell'assicurazione e della rendita vitalizia – operazioni che, progressivamente, vengono a sganciarsi dalla compravendita e dal mutuo, che sino ad allora ne avevano garantito la validità – che, proprio per il loro rapporto essenziale con l'alea, riescono ad evitare il sospetto d'usura e le maglie della lesione enorme.

Lo sforzo degli studiosi del tempo, finalizzato soprattutto ad affermare la liceità di questi istituti caratterizzati dalla speranza di un evento incerto, porta a maturazione, nella seconda metà del settecento, le condizioni affinché i contratti aleatori emergessero come categoria, la cui creazione dogmatica e trattazione sistematica trovano compiuta elaborazione nell'opera di Pothier, nell'ambito dell'articolata suddivisione dei contratti proposta dal giurista francese⁶³. I contratti aleatori vengono

* Il presente contributo è stato pubblicato previo parere favorevole espresso da un componente del Comitato per la valutazione scientifica.

⁶⁰ Per un'analisi storica, cfr. M. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, I, Paris 1777; A. GAMBINO, *op. cit.*, p. 25-55; A. BOSELLI, *op. cit.*, p. 785 ss.; A. PINO, *op. cit.*, p. 1234 ss.

⁶¹ P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale*, cit., p. 13 ss. e p. 73 ss.

⁶² G. DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova 1987, p. 16.

⁶³ Questi enumera le «divisioni» cui possono ridursi i contratti, catalogandoli in cinque categorie: 1) sinallagmatici o bilaterali e unilaterali; 2) contratti consensuali e reali; 3) contratti in cui entrambe le parti sono interessate (onerosi), di beneficenza (gratuiti) e misti; 4) principali e accessori; 5) formali e non formali: G.R. POTHIER, *Oeuvres*, contenant *Les traités du droit français*, I, Bruxelles 1831, p. 5 ss.; ID., *Trattato delle obbligazioni*, in *Opere contenenti i trattati del diritto francese*, trad. it., 2a ed., I, Livorno 1841, pp. 15, 61.



concepiti come sottocategoria dei contratti onerosi e contrapposti ai contratti commutativi. I primi sono quelli in cui «uno dei contraenti senza dar nulla per sua parte riceve dall'altra qualche cosa, non per liberalità, ma come un prezzo del rischio che egli ha corso»; mentre commutativi «sono quelli in cui ciascuno dei contraenti ordinariamente dà e riceve l'equivalente di ciò che dà». Rispetto a questi ultimi, i contratti aleatori differiscono in quanto in essi «ciò che l'uno de' contraenti riceve non è l'equivalente di un'altra cosa che egli ha dato o che si è obbligato di dare, ma l'equivalente di un rischio ch'ei si è addossato, *suscepti periculi pretium*», invece «né commutativi ciò che ciascun contraente riceve è il giusto equivalente di un'altra cosa ch'egli ha dato o che si è obbligato di dare all'altro»⁶⁴. Sono indicati, poi, tra le principali specie di contratti aleatori, la rendita vitalizia, l'assicurazione, il prestito a tutto rischio, i giuochi d'azzardo e le scommesse.

La contrapposizione che viene in rilievo in sede definitoria, sia pure nell'ambito della categoria dei contratti onerosi, tra compravendita, collocata tra i contratti commutativi, e contratto di assicurazione, ricompreso in quelli aleatori, sembra – come osservato da alcuno⁶⁵ – smarrirsi in sede di trattazione specifica dell'assicurazione, laddove si afferma che «è questa una specie di contratto di vendita; gli assicuratori sono i venditori; l'assicurato è il compratore; la cosa venduta è la garanzia dei rischi ai quali è esposta la cosa assicurata»⁶⁶. I riferimenti continuano, dunque, ad essere gli schemi tratteggiati del contratto di compravendita⁶⁷; ed infatti, si sostiene, «gli assicuratori vendono in certo qual modo all'assicurato, e si obbligano di fargli avere e di procurargli il discarico di questi rischi, assumendoli sopra di loro, ed obbligandosi d'indennizzare l'assicurato. Il premio che l'assicurato paga, o si obbliga di pagare agli assicuratori, è il prezzo di questa vendita»⁶⁸.

Senonché, nei paragrafi successivi della trattazione, si chiarisce che la vendita viene in considerazione come tipo affine, piuttosto che come *genus*, servendo a giustificare l'inserimento dell'assicurazione nell'ambito della categoria dei contratti consensuali e di quelli sinallagmatici, mentre rimane su un piano nettamente distinto allorché l'accetto viene posto sulla categoria dei contratti aleatori: «è evidente che questo contratto appartiene alla classe dei contratti aleatori, e non a quella dei contratti commutativi»⁶⁹. Ration per cui, ad avviso di alcuno⁷⁰, il ricorso allo schema della vendita, nell'ambito della suddivisione proposta da Pothier, non assolve più alla funzione, propria del diritto comune, di garantire la validità del contratto che presentasse il rischio quale elemento immanente

all'operazione stessa, ma piuttosto di evidenziare, attraverso il suo ruolo paradigmatico, le peculiarità dell'assicurazione, ormai concepita quale tipo contrattuale autonomo capace di dar vigore alla categoria del contratto aleatorio.

Il giurista francese, peraltro, sempre in sede di trattazione specifica, traccia la distinzione tra due specie di contratti aleatori: la prima «è di quelle co' quali un de' contraenti si espone ad un rischio a vantaggio dell'altra parte, la quale le paga o si obbliga a pagarle il prezzo di questo rischio senza ch'ella si esponga reciprocamente a rischio veruno; tale è il contratto di assicurazione», mentre la seconda «è di quelli co' quali ciascuna parte s'incarica reciprocamente di un rischio, che è il prezzo di quello di cui l'altra parte s'incarica. Tale è il contratto di rendita vitalizia»⁷¹.

5. LA CATEGORIA NEL CODICE CIVILE FRANCESE: DUBBIAZIONE DEFINITORIA E CONTRATTI ALEATORI EX UNO LATERE. CRITICA ALLA SISTEMAZIONE SEGUITA DAI COMPILATORI

La costruzione della categoria, così come elaborata da Pothier, viene riproposta dai compilatori del *Code civil de Français* del 1804, ma con alcuni significativi elementi di novità. Scompare, in primo luogo, la suddivisione dei contratti in reali e consensuali, nonché quella tra principali ed accessori; con riguardo poi ai contratti aleatori, pur continuando ad essere contrapposti ai contratti commutativi, essi vengono concepiti non più come sottocategoria dei contratti onerosi, ma come figura generale ed autonoma⁷². Sostanziali elementi di

⁶⁴ G.R. POTHIER, *Trattato del contratto di assicurazione*, in *Opere contenenti i trattati del diritto francese*, trad. it., 2a ed., II, Livorno 1841, p. 97.

⁶⁵ L. BALESTRA, *op. cit.*, p. 16-17.

⁶⁶ G.R. POTHIER, *Trattato del contratto di assicurazione*, cit., p. 99.

⁶⁷ M. TROPIONG, *op. cit.*, p. 445-446, il quale afferma che «lo assicurato che paga per essere preservato dal danno è detto compratore, e lo assicuratore che riceve un prezzo vien nominato venditore del pericolo».

⁶⁸ G.R. POTHIER, *Trattato del contratto di assicurazione*, cit., p. 99.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ L. BALESTRA, *op. cit.*, p. 17.

⁷¹ G.R. POTHIER, *Trattato del giuoco*, in *Opere contenenti i trattati del diritto francese*, trad. it., 2a ed., II, Livorno 1841, p. 159.

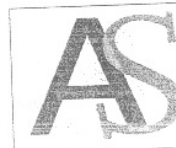
⁷² La dottrina, tuttavia, fedele alla «divisione» enumerata da Pothier, continua a considerarli come sottocategoria dei contratti a titolo oneroso, per cui in sede di commento del codice napoleonico si preferisce trattare prima degli artt. 1105 e 1106, relativi ai contratti a titolo oneroso e a titolo gratuito,

novità emergono anche in sede definitoria, considerata la presenza di due norme che esplicitamente prendono in considerazione, definendolo, il contratto aleatorio. Si tratta dell'art. 1104, dove esso viene in rilievo in contrapposizione ai contratti commutativi: «il est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle. Lorsque l'équivalent consiste dans la change de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire»; e dell'art. 1964, contenuto nel Titolo XII del terzo Libro, rubricato «Des contrats aléatoires»: «le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux préjudices, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain. Tels sont: le contrat d'assurance, le prêt à grosse aventure, le jeu et le pari, le contrat de rente viagère. Les deux premiers sont régis par les lois maritimes».

Questa duplicazione fu spiegata, già dai primi commentatori⁷³ e con l'autorità dei lavori preparatori, per il fatto che nell'art. 1104 si dava la definizione limitata ai contratti non commerciali, che venivano viceversa compresi nell'art. 1964, in virtù del rinvio del comma ult. In questo senso si capirebbe come mai la nozione data nella prima norma sembra comprendere i soli contratti ad alea bilaterale, mentre quella della seconda abbraccerebbe pure i contratti ad alea unilaterale, che sarebbero appunto l'assicurazione e il prestito a tutto rischio, disciplinati poi rispettivamente dagli artt. 332 ss. e 311 ss. del codice di commercio del 1807⁷⁴. Sotto il profilo sistematico, quindi, il fondamento della distinzione, proposta dalla dottrina anteriore e contemporanea alla codificazione e recepita dall'art. 1964, è stato individuato nella

necessità di ricomprendere nella categoria, attraverso il ricorso ad una nozione più ampia, anche i contratti commerciali, come appunto l'assicurazione e il prestito a tutto rischio, che sarebbero caratterizzati dalla presenza dell'alea soltanto uno latere. La distinzione, per coloro che l'hanno sostenuta, poggia infatti proprio sull'assicurazione, la quale presenta caratteristiche tali per cui – si osserva – è ben vero che vi è probabilità di perdita o di guadagno, ma questa riguarda l'assicuratore e non già l'assicurato, il cui sacrificio non soggiace ad alcun rischio⁷⁵.

Rispetto a questa tesi la dottrina ha osservato, però, che in caso di infortunio anche l'assicurato diviene più ricco giacché guadagna ciò che perde l'assicuratore, salvo il premio; e che, inoltre, vi è ancora alea, in quanto egli pagherà il premio per un tempo più o meno lungo, a seconda dell'epoca nella quale si verificherà il sinistro⁷⁶. Una volta denunciati i vizi del ragionamento in merito all'assicurazione, si è criticata la sistemazione seguita dal legislatore, rilevando che il contratto non può mai essere aleatorio per una parte soltanto, in quanto all'eventualità che un contraente possa conseguire un lucro corrisponde, necessariamente, l'eventualità di una perdita per l'altro. Così, se il primo guadagna, il secondo subirà una diminuzione patrimoniale, giacché il lucro si effettua a sue spese; reciprocamente, l'alea di perdita che corra l'una delle parti costituisce un'alea di profitto per l'altra, poiché quello che è perduto sarà guadagnato da questa⁷⁷. Ed invero, si osserva, tanto quando la prestazione di uno dei contraenti è determinata nell'entità sin dal momento stesso della conclusione del contratto e deve essere comunque eseguita, mentre è incerto se la controprestazione dovrà essere o meno eseguita e quale ne sarà l'ammontare (come accade soprattutto nell'assicurazione e nell'*emptio spei*), quanto nel caso opposto in cui l'entità di entrambe le prestazioni è predeterminata, ma solo una di esse dovrà essere eseguita al verificarsi dell'evento, la situazione è sempre la medesima, dato che in ogni caso e solo dopo la verifica dell'evento sarà possibile stabilire chi avrà ricavato un vantaggio patrimoniale dal contratto: se, ad esempio, è stato l'assicuratore che, pur avendo incassato i premi, non ha dovuto pagare l'indennità, ovvero l'assicurato che ha incassato un'indennità più alta dei premi corrisposti. Ecco allora che il rischio incide in egual misura su tutte le parti contraenti⁷⁸ e la denunciata disarmonia è in realtà il frutto di un grave errore di prospettiva. Invero, come taluno ha evidenziato, laddove si faccia riferimento all'indeterminatezza della pre-



e poi dell'art. 1104: cfr. C. DELVINCOURT, *Cours de code civil*, V, Bruxelles 1827, p. 80; C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, XXIV, Paris 1868, p. 25; C. BEAUDANT, *Cours de droit civil français*, Paris 1906, p. 19.

⁷³ M. TROPLONG, *op. cit.*, p. 419 ss.

⁷⁴ G. DI GIANDOMENICO, *I contratti speciali*, cit., p. 19.

⁷⁵ G.R. POTHIER, *Trattato del giuoco*, cit., p. 297; cfr., inoltre M.A. DURANTON, *Cours de droit français, suivant le code civil*, 3a ed., III, Bruxelles 1834, p. 20; nello stesso senso P. PONT, *op. cit.*, p. 263.

⁷⁶ G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Delle obbligazioni*, in *Trattato teorico pratico di diritto civile*, diretto da G. Baudry-Lacantinerie, trad. it., 3a ed., Milano, s.d., p. 17-18; nello stesso senso F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XXVII, Bruxelles-Paris 1893, p. 20.

⁷⁷ G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, p. 17.

⁷⁸ L. BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca*, Libro IV, *Delle obbligazioni* (artt. 1933-1935), Bologna-Roma 1959, p. 72.

stazione, risulterà possibile configurare il rischio con riferimento anche *ab una parte*; mentre ove si consideri la differenza tra le prestazioni corrispettive, occorrerà affermare che il rischio incombe su entrambe le parti, poiché ciò che è perduto dall'una, sarà guadagnato dall'altra⁷⁹.



6. LA TENDENZA DELLA LEGISLAZIONE ITALIANA PREUNITARIA A RIPROPORRE LO SCHEMA CLASSIFICATORIO ELABORATO DA POTHIER

Il processo di codificazione intrapreso dai compilatori francesi riscuote un enorme successo nei restanti stati europei, poiché ritenuto dai sovrani della Restaurazione il sistema più idoneo al rafforzamento del loro rinnovato imperio. Napoleone, infatti, forte del prestigio e degli onori conquistati, era riuscito in ciò che le monarchie avevano invano considerato: costruire un sistema amministrativo-economico senza dover nulla concedere alle classi che erano state spogliate degli antichi privilegi dal potere rivoluzionario, di guisa che le sue opere erano apparse capaci di garantire il pieno sviluppo del potere centrale. In questo senso la generale tendenza degli ordinamenti moderni ad inserire, in sede di trattazione del contratto, la categoria dei contratti aleatori costituisce, da allora, un dato ormai pacifico⁸⁰.

La legislazione italiana preunitaria non può sfuggire a questa propensione, per cui la sistemazione elaborata da Pothier, ripresa con qualche cambiamento dal *Code civil*, rimane sostanzialmente inalterata⁸¹.

Le Leggi Civili del Regno delle due Sicilie ripropongono la catalogazione in contratti commutativi e aleatori (art. 1058), laddove commutativi sono quei contratti in cui «ciascuna parte si obbliga a dare o a fare una cosa che si riguarda come l'equivalente di ciò che si dà, o di ciò che si fa per essa»; mentre si hanno contratti aleatori «quando l'equivalente consiste nell'avventurare tanto da una parte, che dall'altra, il guadagno o la perdita ad un avvenimento incerto»; le Leggi, inoltre, riproducendo quasi fedelmente l'art. 1964 del *code Napoléon*, parlano di nuovo dei contratti aleatori nel Titolo XII intitolato «Dei contratti aleatori» (art. 1836), definendoli «una convenzione reciproca, i cui effetti relativamente al guadagno ed alla perdita, sia per tutti i contraenti, sia per uno o più di essi, dipendono da un avvenimento incerto. Tali sono il contratto di assicurazione, il prestito a tutto rischio, il giuoco e la scommessa, il contratto vitalizio. I due primi sono regolati dalle leggi di eccezione per gli affari di commercio».

Lo stesso avviene nel Codice Albertino entrato in vigore il 1 gennaio 1838⁸², il quale all'art. 1193, sancisce che «È contratto di sorte, quando l'equivalente consiste nel rimettere, tanto da una parte che dall'altra, il guadagno o la perdita ad un avvenimento incerto». Seguendo la sistematica della codificazione francese, i titoli successivi al VII del Libro terzo sono dedicati ai contratti nominati, e quello XVI è intitolato ai contratti di sorte, che l'art. 1998 definisce di nuovo come «una convenzione reciproca, i cui effetti, relativamente, al guadagno ed alla perdita, o per tutti i contraenti, o per uno o più di essi, dipendono da un avvenimento incerto. Tali sono il contratto di assicurazione, il prestito a tutto rischio, il gioco e la scommessa, il contratto vitalizio. I due primi sono regolati dalle leggi marittime e da altre leggi relative». Rispetto al paradigma di Pothier scompare però la contrapposizione tra contratti commutativi ed aleatori. La scelta sembra recepire i suggerimenti di quella dottrina che, nel periodo immediatamente successivo all'emanazione del *Code civil de Français*, in sede di commento, aveva denunciato i vizi della catalogazione legislativa, all'uopo rilevando come i contratti aleatori fossero da considerare una varietà di quelli commutativi, non impedendo la loro peculiarità – consistente nel fatto di avere ad oggetto una semplice speranza – la presenza di uno scambio, essendo il rischio assunto nient'altro che il corrispettivo del sacrificio sopportato ai fini della sua assunzione⁸³. Peraltro, come si è precisato da alcuno, i contratti aleatori «contengono pure l'equivalente; ma questo però non è effettivo, non è nel momento, viene subordinato dalle parti, o da una di esse all'eventualità tanto pel volere, che per la esistenza. Ond'è che sotto questo riflesso tutti i contratti aleatori sono sempre commutativi, ma non ogni commutativo però è aleatorio»⁸⁴. Persiste, invece, la duplicazione in sede definito-

⁷⁹ A. BOSELLI, *Rischio, alea ed alea normale del contratto*, in *R. trim. d. e proc. civ.* 1948, p. 785 ss.

⁸⁰ P.S. LEICHT, *Storia del diritto italiano*, 4a ed., Milano 1966, p. 275 ss.

⁸¹ L. BALESTRA, *op. cit.*, p. 29.

⁸² Sull'argomento, cfr. F. PASTORE, *Codice civile per gli stati di S.M. il Re di Sardegna*, coi commenti di Arrò in continuazione a quelli di Pastore, XI, Torino 1847, p. 12. Cfr., anche C. CANGIANO, *Lezioni di diritto positivo secondo il codice per il Regno delle due Sicilie*, I, Napoli 1841, p. 423; R. PONCINI, *Commenti sul codice civile*, 4a ed., IV, Torino 1842, p. 29-30; G. GIORDANO, *Commento sulle Leggi civili del Regno delle due Sicilie*, V, Napoli 1850, p. 14.

⁸³ Così R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I, 2, Paris 1923, p. 89.

⁸⁴ G. ARCHERI, *Istituzioni di diritto civile moderno secondo l'ordine pel codice pel Regno delle due Sicilie*, V, Napoli 1850, p. 14.

ria, rappresentata dall'esistenza di due norme che esplicitamente prendono in considerazione, concettualizzandoli, i contratti aleatori, la cui presenza, ancora una volta, è giustificata in dottrina dalla necessità di ricomprendere nella categoria, attraverso il ricorso ad una nozione più ampia, anche i contratti commerciali come l'assicurazione, che – si rileva – sarebbero caratterizzati da *alea ab una parte*⁸⁵.

Il Codice Austriaco (A.B.G.B.), che ha avuto vigore nel Lombardo-Veneto nel 1816, si distingue dal codice napoleonico in primo luogo per l'espressa previsione dei contratti aleatori gratuiti⁸⁶. Sostanziali elementi di novità si rilevano anche in sede definitoria, considerata la presenza di una sola definizione di contratto aleatorio (art. 1267), nel paragrafo di apertura del capitolo XXIX rubricato «*Dei contratti di sorte*»: «il contratto, col quale si promette e si accetta la speranza di un vantaggio ancora incerto, dicesi contratto di sorte, che appartiene alla classe dei contratti onerosi o gratuiti, secondo che in corrispettivo di questa speranza si prometta o no qualche cosa».

7. LE INNOVAZIONI DEL CODICE DEL 1865, SOTTO L'INFLUENZA DELL'IMPOSTAZIONE DI POTHIER

Rivolgendo lo sguardo alla legislazione italiana post unitaria, non può sfuggire la tendenza a riproporre la sistemazione elaborata da Pothier in materia di contratti e recepita, con alcune variazioni, dal *code Napoléon*. Sulla falsariga della legislazione francese il codice civile del Regno d'Italia prevedeva, nel paragrafo di apertura della sezione dedicata ai contratti, una serie di disposizioni preliminari (artt. 1098-1103) a contenuto definitorio e classificatorio. Con più specifico riferimento ai contratti aleatori non mancano, però, significativi elementi di novità: ed invero, anzitutto, scompare definitivamente la contrapposizione di questi contratti rispetto ai commutativi, per cui sembra riconoscersi

la bontà di quella dottrina che, criticando la scelta dei compilatori napoleonici, aveva delineato tra le due figure un rapporto di *species a genus*, impiegando a tal fine una nozione ampia di contratto commutativo, da intendersi come quel contratto in cui fosse presente uno scambio, a prescindere dalla possibilità di calcolare preventivamente il rapporto di valore esistente tra le prestazioni che formano oggetto dello scambio⁸⁷. In secondo luogo, dopo aver dato la nozione dei contratti bilaterali e unilaterali, onerosi e gratuiti, definisce i contratti aleatori unicamente nel paragrafo di apertura della sezione I, intitolata «*Dei contratti*» del Titolo IV, del terzo Libro⁸⁸, in tal modo eliminando l'inconveniente in precedenza segnalato. Disciplina quindi paritariamente il contratto vitalizio al Titolo XIV ed il gioco e la scommessa nel Titolo XV, mentre il coevo codice di commercio regola all'art. 426 il prestito marittimo e all'art. 446 il contratto di assicurazione. È pur vero che il codice civile del 1865, dopo averne dato la nozione, mancava poi di una sia pur minima disciplina dei contratti aleatori. Probabilmente, si è osservato, la catalogazione fu dovuta soprattutto all'insopprimibile esigenza di sintesi e di razionalità concettuale, che da sempre ha informato gli studiosi, quelli del diritto in modo particolare; mentre il legislatore fu mosso essenzialmente dall'illuministico *esprit de géométrie* che spesso travolge l'antico insegnamento tomistico per cui *entia non sunt multiplicanda sine necessitate*⁸⁹.

Ma ancor più rilevante appare la scelta di privilegiare, sotto il profilo dei contenuti, quanto previsto dalla norma di cui all'art. 1964 *code Napoléon*, in tal modo ignorando la disposizione di cui all'art. 1104 dello stesso codice, una norma da sempre prevista nel titolo riservato ai singoli contratti aleatori nella parte dedicata ai contratti in generale. Una scelta che non va sicuramente esente da conseguenze, se si considera che essa postula una chiara presa di posizione con riguardo alla figura dei contratti c.d. ad *alea unilaterale*⁹⁰.

8. L'ALEA E IL CONTRATTO ALEATORIO NEL CODICE CIVILE DEL 1942

Conducendo l'analisi del fenomeno sul tessuto normativo della codificazione italiana del 1942 si constata, in primo luogo, l'assenza di una qualsivoglia definizione del concetto di *alea* e della stessa categoria dei contratti aleatori – che viene soltanto presupposta – tant'è che la dottrina del tempo si è sforzata di enucleare e delineare la nozione facendo ricorso alle norme ivi previste per il contratto

⁸⁵ V. gli autori citati alla nota 75.

⁸⁶ Non configurabili, per definizione, nello schema di Pothier, nel quale, come si è osservato in precedenza, i contratti aleatori, contrapposti a quelli commutativi, sono una sottocategoria dei contratti onerosi.

⁸⁷ V. il contributo citato alla nota 84.

⁸⁸ Cfr. art. 1102: «È contratto di sorte o aleatorio, quando per ambidue i contraenti o per l'uno di essi il vantaggio dipende da un avvenimento incerto. Tali sono il contratto di assicurazione, il prestito a tutto rischio, il giuoco, la scommessa e il contratto vitalizio».

⁸⁹ G. DI GIANDOMENICO, *I contratti e l'alea*, cit., p. 24.

⁹⁰ L. BALESTRA, *op. cit.*, p. 34.





in generale e per i singoli contratti. Il codice civile, invero, si limita ad escludere l'applicabilità ai contratti aleatori per loro natura o per volontà delle parti della disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità quando quest'ultima rientri nell'alea c.d. normale (art. 1469)⁹¹ e della rescindibilità per causa di lesione (art. 1448). È evidente, poi, l'influenza esercitata dal diritto comune nel tentativo di inserire, più o meno nitidamente, la regola della sopravvenienza contrattuale, laddove l'art. 1467 consacra, in modo espresso ed in via generale, il principio dell'implicita soggezione dei contratti a prestazioni corrispettive alla clausola *rebus sic stantibus*⁹².

Quel che più conta, ed in ciò va ravvisata una sicura innovazione, lo schema classificatorio di Pothier, organizzato in un gruppo di norme aventi contenuto definitorio collocate nel paragrafo di apertura della sezione dedicata ai contratti in generale, risulta sostanzialmente stravolto. Sopravvive la sola definizione di contratto, inserita nel capo I del Titolo II del quarto Libro (art. 1321 c.c.), la quale, peraltro, a differenza del passato, aveva fatto sorgere dubbi circa l'utilità sistematica della sua previsione⁹³. Utilità – si è rilevato – di cui in verità non è lecito dubitare se, da un lato, si tiene conto della necessità di una delimitazione della fattispecie – posto che, in caso contrario, si correrebbe il rischio di investire l'interprete di una sostanziale funzione legislativa⁹⁴ – e, dall'altro, si considerano le attente riflessioni che la letteratura ha rivolto alla scelta del legislatore del 1942⁹⁵. Quest'ultimo, si osserva, a differenza dell'omologo tedesco del B.G.B., segna il definitivo abbandono del negozio giuridico (*Rechtsgeschäft*), inteso come categoria ordinante il sistema del diritto civile, in rapporto di genere a specie col contratto (e pure col matrimonio, il testamento e gli atti unilaterali in genere), e coestensivo al concetto di autonomia privata, tale da coprire per intero la vasta area entro la quale la costituzione o la modificazione o l'estinzione dei rapporti giuridici risulta, in vario grado, essere rimessa alla libera volontà dell'uomo (cosiddetto «dogma della volontà»). Alla base dell'opzione del codice civile italiano vi è una precisa scelta di metodo della legislazione, definito «metodo dell'economia», che conduce al rifiuto delle generalizzazioni e delle astrazioni prive di riscontro nella realtà socio-economica⁹⁶. In questo senso gli artefici del '42 rovesciano la politica tedesca, facendo del contratto la categoria ordinante e dichiarando che le relative norme si osservano, in quanto compatibili, per ogni altro tipo di atto, senza distinguere tra atti negoziali e non, col solo limite della patri-

monialità e dell'efficacia *inter vivos* (art. 1324)⁹⁷. Ciò con l'evidente finalità di adeguare le categorie giuridico-formali alla tipologia sociale; il contratto – come si precisa nella Relazione al Re, n. 250, – ha nell'atto di scambio un preciso referente economico: «è, in verità, lo strumento per lo scambio dei servizi e dei beni su cui si basa la produzione, il mezzo giuridico per la concessione del credito necessario all'incremento della produzione, è in definitiva l'espressione dell'iniziativa privata da cui comincia e si svolge la vita dell'economia».

Per tali ragioni, il legislatore italiano, dimostrandosi sensibile verso le critiche sollevate, già in sede di commento degli artt. 1098 ss. c.c. 1865, da coloro i quali ritenevano l'attività definitoria un ufficio meramente dottrinale, ha deliberatamente sfuggito le insidie di delineare i tratti essenziali degli istituti del diritto e di deter-

⁹¹ R. NICOLÒ, *op. cit.*, p. 1027, dove si giudica il richiamo alla disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità «piuttosto ambiguo», dal momento che «dovrebbe considerarsi valido, per lo meno entro certi limiti, anche agli effetti della rescindibilità per causa di lesione».

⁹² Cfr. la Relazione al Re del Ministro Guardasigilli, Roma 1943, n. 665. In tal senso, in dottrina, cfr. B. OSILLA, *Sul fondamento della risolubilità del contratto per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione*, in R. d. comm. 1949, I, p. 38 ss.; ma contra M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano 1975, p. 48; T. GALLETTI, voce *Clausola rebus sic stantibus*, in Dig. disc. priv. - sez. civ., II, Torino 1988, p. 385-386; P. GALLO, *Sopravenienza contrattuale*, cit., p. 159.

⁹³ G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova 1974, p. 10, nota 25.

⁹⁴ A. GAMBINO, *op. cit.*, p. 14-15.

⁹⁵ L. BALESTRA, *op. cit.*, p. 35 ss., secondo il quale «la previsione di cui all'art. 1321 c.c., in quanto circoscrive, a differenza che in passato, l'operatività della disciplina alle sole ipotesi in cui l'accordo incida su un rapporto giuridico patrimoniale, acquista una specifica efficacia precettiva, finendo col rafforzare la scelta legislativa di distinguere nettamente, a seconda della loro rilevanza patrimoniale, i settori dei rapporti interprivatistici in cui si esplica l'autonomia privata». Sull'argomento, compie un'indagine sistematica A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano 1977, spec. p. 139 ss.

⁹⁶ M. ALLARA, *La teoria generale del contratto. Corso di diritto civile*, Torino 1945, p. 13; P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli 1952, p. 181 ss.; G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano 1955, p. 211; U. CERRONI, *Per una critica sistematica della categoria giuridica*, in Dem. e dir. 1974, p. 487; F. CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli atti giuridici*, in R. d. civ., 1978, I, p. 327 ss. Recentemente, F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova 2009, p. 139 ss.

⁹⁷ F. GALGANO, *Il problema del negozio giuridico*, in R. trim. d. e proc. civ. 1976, p. 446 ss. Per ulteriori approfondimenti del dibattito insorto intorno alla figura del negozio giuridico, recentemente L. VALLE, *Il dibattito sul negozio giuridico in Italia*, in Contratto e impr. 1993, p. 566 ss.; M. FRANZONI, *Il dibattito attuale sul negozio giuridico in Italia*, in R. trim. d. e proc. civ. 1995, p. 409 ss.; cfr. SCALISI, *La teoria del negozio giuridico a cento anni dal BGB*, in R. d. civ. 1998, I, p. 535 ss.

minarne le significazioni⁹⁸, consapevole che «la definizione si presenta impresa ardua e temibile, da evitare da parte soprattutto del legislatore i cui eventuali errori – sempre possibili ed anzi probabili di fronte a propositi così ambiziosi – determinerebbero, nell'ambito stesso della legge, inestricabili contraddizioni tra sintesi normative e norme sintetizzate»⁹⁹. Sennonché, ha osservato alcuno, il codice civile del '42, nel tentativo di garantire un maggior rigore espressivo e una forma imperativa a tutte le sue disposizioni, ha sì previsto delle categorie, più ampie dei tipi, ma lo ha fatto per «riferimento»¹⁰⁰, scegliendo come sede non più quella delle disposizioni preliminari, bensì quella di trattazione dei singoli istituti (ad es. recesso, rescissione, risoluzione), in tal modo rinunciando allo schema tradizionale, in sé privo di immediata efficacia precettiva, piuttosto fondando le categorie sulla base della loro diretta rilevanza pratica. In altri termini, mentre ha lasciato all'interprete il compito di formare i concetti giuridici, ha verificato la compatibilità, non solo in negativo, della disciplina di singoli istituti in relazione ad alcuni tipi contrattuali dagli elementi comuni; e laddove questa incompatibilità si è manifestata – è il caso, ad esempio, dei contratti aleatori rispetto ai quali si è negata, come anticipato, la possibilità di rescissione per causa di lesione e della domanda di risoluzione per eccessiva onerosità quando questa rientra nella c.d. alea normale – ne ha predicato l'inapplicabilità,

oppure ha stabilito che la disciplina si applica solo ad una certa categoria di contratti¹⁰¹.

Ulteriormente, pur non prevedendo una nozione di alea, il codice non manca di disciplinarne gli effetti. È il caso – oltre ai già citati artt. 1448, comma 4; 1467, comma 2 e 1469 – dell'art. 1472, comma 2, che sancisce la validità ed efficacia del contratto di compravendita di cosa futura, anche nell'ipotesi in cui la res non venga ad esistenza, qualora le parti abbiano voluto concludere un contratto aleatorio. L'aleatorietà nel diritto positivo vigente, pure in assenza di un esplicito richiamo, ottiene, dunque, un riconoscimento nell'ambito della disciplina contrattuale, attraverso la duplice previsione di un contratto che sia essenzialmente o tipicamente connotato da aleatorietà (contratto aleatorio) e quella di un'alea normale che può riguardare un qualsiasi contratto, anche se non essenzialmente o tipicamente aleatorio (si pensi, ad esempio, all'art. 1664, comma 1, in materia di revisione del corrispettivo dell'appalto qualora si verifichino aumenti o diminuzioni del costo dei materiali o della manodopera)¹⁰².



9. L'ATTUALITÀ DELLA CATEGORIA

La ricostruzione storica del fenomeno sino ad ora condotta induce ad alcune riflessioni conclusive. La categoria del contratto aleatorio trova un primo spazio solo nel diritto comune, dove viene sollecitata dall'affermata necessità, sentita dalla società del tempo primariamente sul piano filosofico e religioso, dello *iustum pretium*, espressione di un'obiettiva esigenza di proporzione delle prestazioni, cui è seguita un'infiltrazione lenta ma graduale della clausola *rebus sic stantibus*. L'esigenza iniziale è, dunque, quella di affermare, alla luce soprattutto di quei principi del diritto canonico che avevano informato il sistema dei contratti dell'epoca, la validità dei contratti aleatori, resasi necessaria in seguito all'imponente sviluppo dei traffici commerciali. Ma l'alea, ancora, non è altro che una vicenda nei singoli contratti.

Successivamente, su impulso dell'elaborazione proposta da Pothier, i contratti aleatori vengono eretti, a partire dal *code Napoléon*, a categoria unitaria e trovano una sistematica trattazione, che viene ripresa – alcune volte con marginali cambiamenti, altre con elementi di sicura innovazione – dalle codificazioni degli altri ordinamenti, e pure dal legislatore italiano del 1865.

Nel codice civile vigente, la prospettazione della

⁹⁸ G. VIGNALI, *Commentario del codice civile italiano*, proseguito da G. Scalamandrè, IV, Napoli 1882, p. 458: «la forza della legge sta nella sua disposizione appunto, e nella sanzione; non già nelle ipotesi, le quali necessariamente sono indipendenti dalla legge, anzi la precedono, e sono date dall'uso pratico e volgare, ed elaborate poi dalla dottrina giuridica. È quindi ufficio proprio della dottrina definire le voci del diritto, e determinare le significazioni»; così, già qualche anno più tardi, G. OSSI, *Appunti per una teoria della sopravvenienza*, in *R. d. civ.* 1913, p. 664: «altro è il compito del legislatore, altro quello del giurista, e se è vero che quegli deve evitare la codificazione delle costruzioni giuridiche astratte, e lasciare un certo campo libero al senso pratico intuitivo del giudice, là dove l'incertezza dei principi scientifici e la loro natura eccessivamente astratta non consenta di tradurli congruamente in una norma legislativa, è altrettanto vero che il giurista deve portare ogni suo sforzo per trovare la coerenza e la uniformità in ciò che appare incoerente e disforme». Sul valore dei concetti giuridici, cfr. S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *R. d. comm.* 1941, I, p. 206; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. Ciau-Messineo* e continuato da L. Mengoni, I, 2, Milano 1980, p. 154 ss.

⁹⁹ A. BELVEDERE, *Il linguaggio del codice civile: alcune osservazioni*, in *Tratt. Rescigno*, XXI, Torino 1987, p. 23 ss.

¹⁰⁰ G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 10.

¹⁰¹ L. BALESTRA, *op. cit.*, p. 40-41.

¹⁰² G. DI GIANDOMENICO, *I contratti speciali*, cit., p. 27.



categoria del contratto aleatorio si deve, principalmente, all'intervento di due fattori nuovi: in primo luogo, la mutata tecnica legislativa (c.d. «metodo dell'economia») che, sensibile verso i risultati del dibattito sul valore delle definizioni giuridiche sviluppatosi già in sede di commento del codice del Regno d'Italia, ripudia le astrazioni prive di una precisa dimensione economico-sociale e, anzi, proclama la necessità che i concetti giuridici assumano come «punto di partenza» i concetti economici¹⁰³; dall'altro, l'introduzione dei due nuovi rimedi della rescissione per lesione (art. 1448) e della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (artt. 1467-1469). Sotto il profilo siste-

matico, pur non offrendo una definizione né una compiuta disciplina, il codificatore specifica ulteriormente la categoria, laddove delinea il concetto di «alea normale» (art. 1467, comma 2). Poi, ipotizza una sottodistinzione tra contratto aleatorio per natura e contratto aleatorio per volontà delle parti (art. 1469); infine, qualifica come contratto aleatorio soltanto l'*emptio spei*, nel senso che essa resta valida nonostante la cosa non venga ad esistenza (art. 1472, comma 2).

¹⁰³ L'espressione è di A. ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in R. d. *comm.* 1943, I, p. 2.